

十九世紀イギリス法典化運動の出発点⁽¹⁾

——ベンタム法典化論についてのイギリス法律家の見解を中心に——

水田 義雄

嘗て、イギリス大法官 Lord High Chancellor of Great Britain バークンヘッド Viscount Birkenhead (1872-1930) は、十九世紀から二十世紀初頭にかけてのイギリス法典化運動を回顧し、その行方を論じた論文の中で、先ずベンタム Jeremy Bentham (1748-1832) の法典化論を論述し、結局、それは実行不能 impossible であった。また、たとえ実行不能であつたとしても、実用に適しない *useless* 面があつたと論断した。われわれは今、このバークンヘッドの所論を中心に、ベンタムの法典化論を論述してみたい。特にバークンヘッドの見解を中心に論述を進めようとする所以は、(一) 同氏がイギリス法典化運動を十九世紀から二十世紀に亘つて通観し、その全体的運動の流れの中にベンタムを置いて事を論じている事——これは単にベンタムをベンタムとしてだけみる事によつて、いわばわれわれのえて陥り勝ちである「個々の木を見て、全体としての林を見ない」弊に陥る虞れ、局部的詳細、細事に徒らに眼を奪われて総体におけるその事柄の正しい判断を見失い勝ちだという欠点を一応避ける事を得しめるであらう。——(二) イギリス大法官としての同氏の見解は、やがては、イギリス法律家の見解一般の傾向を知るに極めて便宜である事——この事は、われわれにイギリスにおける法典化運動の性質、動向を知る有力な手がかかりを与えてくれるものと信ぜら

れる。——(三)同時に、それは、非常に理解に困難なベンタムの法典化論を一応われわれに知らしめる手がかりを示してくれる——元来ベンタムの法典化論には多くの問題点が存在する。法典化論を正面から取扱つた研究は、筆者の寡聞なる故もあるが、ごく少数に止まる。^(三)バーケンヘッドはこのような中であつて、一応のベンタム法典化論をわれわれに示しているのであつて、これを手がかりに、またこれによつて与えられている統一的理解に導かれて、所論を進める事は便宜でもあるしました、今の場合、適當でもあると考えられるのである。——等であつた。同氏は十九世紀イギリス法典化運動について、筆を先ずベンタムに先立つ若干の人士に起すことによつてその由来を訊ね、続いてその運動の経過を述べた後に、結局その成果が、ベンタムの主張したようにはならなかつた事を論証するのであつた。われわれも亦、十九世紀イギリス法典化運動の出発点をなしたベンタムの法典化論を解明しようとするのであるが、それについてイギリス法律家、バーケンヘッドの所論並びにその見解に一応の手懸りと指標を求めようとするに他ならない。本論稿の副題またこの事を目図したのであつた。

(一) 十九世紀イギリス法典化運動は、アメリカ並びにインドでの略々同時代的且つ平行的に行われた法典化運動と密接な関係に立ちつつ行われた。その中にあつて特にイギリスだけを切り離して論じようとする所以は、英法若くは英米法の法典化問題につき、純粹培養的取扱いを為すことによつて、一つの純粹な問題解決への緒を得ようとするが故に外ならない。そこでの運動の発展が直ちにアメリカ若くはインドでのそれに、若くはその逆の場合に通用するとは限らないところに英米法における法典化問題の特異性があると考えられる。

(二) Viscount Birkenhead, "Codification and Consolidation" in *Points of View*, 1922 London, vol. I, pp. 151-190.

パーケンヘッド・大法官在任は一九一九—二二。Points of View 刊行は一九二二年との記載はあるが“Codification and Consolidation” 執筆の年代は明記されて居らない。但し同論文中には一九二二年の立法に触れている箇所があるが故に、その執筆は同年であるとせらるべきである。

(三) ベンタムは、一体どこから法典編纂についての考えを得たのであろうか。ベンタムは何故、ただにイギリス本国のみでなく、広く海外諸国にまで法典化提唱をしたのであろうか。ベンタムの法典化論を知るには一体、いかなる資料が存在するのであろうか。ベンタムの法典化論にデュモン若くはヒルドレス版が一般に読まれるのは何故であるか等の問題につき拙稿「ベンタムの法典化論についての序説」(法制史研究第十二号所収) 参照。尚お、ベンタム法典化提案に関し、わが国には内田力蔵教授の次のような本格的な諸研究がある。

英米における「法典化」——ベンタムの提案とオースティンの批判を中心として—— 法律時報二八卷二号。

コモン・ローとベンタム——英米における「法典化」 法律時報二八卷四号。

同教授の其他のベンタム研究論稿共々参照すべきである。

一 ベンタムは何故法典化を提唱し(なければならなかつ) たか

既に、法典化というからには、それは議会制定法の形で、包括的な法体系をつくる事が予定されるであらう。(二) ベンタムは、何故、特に議会制定法の形をとるべき事を主張したのであつたか。英法には、古くから、判例法(コモン・ロー・エクイティ)と制定法(スタチュート)との區別、対立が存在している。ベンタムは、何故、判例法をでなく、特に制定法の形をとる事を主張したのであつたか。

凡そ法の改革には、その実質、内容について正当性、健全性若くは統一性 just, sound, and uniform を与えようとする場合の外、その形式、外形について簡潔性若くは達意性 (会得せられる事、理解しやすい事) simple and intelligible を与えようとする場合も起つてくるであらう。ベンタムは、この様な場合、先ず「立法原理」をうち立て、その基礎の上に、全法体系について具体的な明文の規定を打ち出す事、即ち「明文をもつて表示される法の一体」the body of law exhibited in terminis をつくる事を、終極の目標としたのであり、またこれがとりもなおさずベンタムにおける法典化なのであつた。ベンタムが具体的にどのような法典化を提唱したかは次項に述べる事にして、今は専ら、ベンタムが何故、「法の一体」を「表示する」に「明文を以つて」しなければならぬと主張したのであつたかを問題としているわけであるが、この場合、少くとも次の二点を考察しなければならないと考えられる。(一) 法は判例による英法発達の局限性という事であり、(二) は当時の判例法における欠陥性という事であつた。

次に場合を分つて説明するであらう。

(一) ベンタムの生涯 (一七四八—一八三二) は、イギリス産業革命 (一七六〇—一八三〇) と重り合う。更にその死去の年が、恰度、イギリスにおける社会的、法律的大改革の世紀の開幕を告げる Reform Act 成立の年であつた事を思えば、ベンタムの生涯における関心なり、活動なりの方向は略々予示され得るかに見える。事実、ベンタムはそのような大変革の時代に即応して法律の単に実質面での改革のみでなく、その形式面についての改革をも提唱したのであつた。

然し、われわれはここで、一体従来 (ベンタム法典化提案以前)、英法ではどのような発達が、またどのようなにし

て行われて来て居つたのであるかを考えて置く必要がある。元來、英法には判例法（コモン・ロー、エクイティ）と制定法との區別が嚴存した事既述の如くであるが、しかし、その中前者が、圧倒的な重要さを占めて来たのであつた。制定法は單に既に存する法を宣言するに過ぎないとされるか、若くはまた例外的存在でしかあり得ないとされた。勿論、時代の移り変わりと共に、判例法、制定法兩者の關係は變つて来た事は事實であり、特に制定法がその數量を増して来た事の外に、その重要性を増して来た事も事實であつた。然し乍ら、ベンタムの時代にあつても判例法の基本的重要性については尚お急速な變化は期待さるべくもないのであつた。

そのような事情の下にあつて、ベンタムの時代直前には、衡平法の發達及び商事慣習法のコモン・ローへの吸収という形で英法の發達が行われていて、これが僅かに、時代の進運に対する英法の近代化、時代即応化を計り得ていたと稱し得るのであつた。即ち裁判官による、また先例主義判例法を通じての發達が行われていたのであつて、このような重要な任務をよく果し得て居たところに、或いはハードウィック Hardwicke, Lord (一六九〇—一七六四、大法官在任へ一七三七—一七五六) 中、衡平法に先例拘束性の原理を採り入れ、法体系化するに功績があつた)、或いはマンズフィールド Mansfield, Lord (一七〇五—一七九三、王座裁判所首席裁判官在任へ一七五六—一七八八)、商慣習法をコモン・ローに採り入れ、法の發達に努めた)、若くはまたストーウエル Stowell, Lord (一七四五—一八三六、海事裁判所裁判官在任へ一七九八—一八二七) 中、戦時捕獲を始め、國際法の各分野にわたる法の發達に大きな功績をなした) の名が、今に喧伝せられる所以なのであつた。⁽¹⁾

いわば、判例法、先例主義には法律發達の推進力としての余裕が當時には未だあつたし、社会の進歩もまたそれ程、

急速、過激ではなかつたのであつて、これに歩調を合わせて法の發達を計る事が必ずしも不可能ではなかつたのであつた。^(三)

然し乍ら、このような判例法による、先例主義を通じての法の發達、變化した社会諸事情への適應性には限度があつた。第一、先例は、当該事件に含まれた事案についてのみ、しかも当該事件につき裁判が落着いた時にのみ法的羈束力を生ずるに止まるであらう。何よりも時代の激しい動き、法律が要求せられていた時代適應性の激しさ(ペンタムの時代が産業革命進行中の時代であつた事をまたここに想起しなければならない)が、更に劇しく、判例法による法律發達についての不適当さを感じさせるのであつた。

これに反して、議會制定法にはこのような制約がない。それは改革の諸問題を充分に取扱い得るであらう。その制定内容、取扱いの対象が包括的、一般的たり得るのみでなく、更に即時適應性を持ち得る点でも、従来の判例法による場合とは全く異つた且つまたより、相応わしき法律發達の手段たる事を失わないであらう。これがペンタムにあつて、特に法典化を強調させた理由であつたと考える事が出来るのである。判例法によらず、制定法によつて、合理主義的内容を盛り、もつて自らの社会改革の望みを托そうとする、所謂法典化の構想は、実は斯くして充分にその意義があつたと考えられるのである。否、ペンタム当時にはもつと問題のさしせまつたものがあつたらう。つまり、英国に從来存していた衡平法及び商事慣習法吸収による豊かな法の發達はペンタム当時にはその豊饒な影響の流れの貧窮化は益々激化し、今や殆んど枯渇に瀕する状態にあつたのであつた。

ペンタムにとつて、常に憎惡の対象であつた當時の大法官、エルドン Eldon, Lord (一七五一—一八三八、首席

裁判官へ一七九九—一八〇二を経て、大法官へ一八〇一—〇六、一八〇七—二七となつた。大法官在任中、衡平法体系の完成を遂げたが、判決を書くに頗る遅筆であり、ベンタムの好敵手であつた) によつて衡平法は一段と、その活動を沈滞状態に陥らしめられ、寧ろ衰退期に陥つたかと感ぜられたし、それに何よりも当時の王座裁判所所長であつたマンスフィールドの折角の法発達の努力も単にそれ自身に限度があつたのみでなく、その同僚並びに後継者による一般的支持が必ずしも得られなかつた事によつて、このような方法による法の発達も更に一層枯渇の状態に陥らざるを得なかつたからであつた。^(四)

ベンタムが、判例法によつてではなく、制定法による改革を提唱する理由は、一段と増加したと云うべきであつたのである。^(五)

(一) 広沢嘉雄「法典編纂」法律学辞典第四卷(岩波書店刊)。

Lobingies, "Codification" in Seligman, *Encyclopaedia of Social Sciences*.

Pound, "Codification" in *Cyclopedia of American Government*, 1914.

(二) Birkenhead, *op. cit.*, pp. 151, 2.

ハウンズは英法の近代化、時代適応化を (一) 衡平法の発達、(二) 商事法の発達、そして (三) 立法的改革運動 legislative reform movement により行われた、立法的改革運動は、一七七六年(ベンタム、「統治断片」刊行、アメリカ独立宣言の年) に始まり一八七六年 (English Judicature Acts, 1873-5 発効の年) に終る、法典化運動はこの立法的改革運動の一環として行われた。ポンド Pound, *Readings on the History and System of the Common Law*, 3rd ed., Boston 1927, p. 195. Pound, "Codification", *op. cit.* 参照)。

十九世紀イギリス法典化運動の出発点

(iii) R. H. Graveson, *The Restless Spirit of English Law*, Jeremy Bentham and the Law, ed. by Keeton and Schwarzenberger, London 1948, p. 101 参照。

但し、この場合「マンスフィールドすら、既に時代の進運から二世紀程の遅れをとつていたとするダイシー教授の批判があることをわれわれはこゝで想起すべきであらう。」Dicey, *Law and Opinion in the 19th Century*, 2nd ed., p. 167.

(iv) R. Pound, "The Decadence of Equity", (1905) 5 Col. L. Rev., 20.

(v) ヘンタムは改革を行なうに當つて、議會制定法に頼らうとした。その議會そのものが、既にヘンタムにとつて改革せざるべからざる代物であつた。ヘンタム時代の議會構成に対するヘンタムのその改革提案があつた事、ヘンタム死去の年 (一八三二年) に「漸くその議會改革が一進展したという皮肉な運命にあつた事等につき Graveson, op. cit., p. 101, 104 参照。

H. G. Hanburg, "The Field of Modern Equity", (1929) 45 L. Q. R., 196, 207-13.

Julius Stone, *The Province and Function of Law*, Cambridge, Mass. 1950, p. 273.

(二) ベンタムは功利主義の原理を掲げ、大いに時代の要請に応えることとなるのであるが、その前に、先ず批判すべきもの、破壊し去るべきものあるを見出す。彼は先ず法律分野における現実の認識からことを始めなければならぬであらう。⁽¹⁾ 英法の全分野は、封建的土地制度、農業中心經濟に由来する古い法律制度にみちみちて居り、何よりもそれ等が混沌とし、無秩序的であつた。それに司法裁判所の組織、手続にも大いに問題があつた。互いに相混乱し、重複し合うフィクション、余り技術的に過ぎる訴訟手続、これ等が司法裁判の公平、秩序ある配分を不可能にもしたし、また攪乱もするのであつた。衡平法、^{エクイティ} コモン・ロー両裁判所間の關係も当時はまだ対立、抗争の關係にあつたといひ得るし、審級制度すら未だ充分に確立されるに至つて居らない。現に刑事事件に関しては特に著るしい不備が存

したのであつた。賄賂は裁判手続に伴い勝ちであり、遅延、職権の濫用、手数料、訴訟費用の強要は、一般的ではないにしろ、黙認された形であつた。^(三)

このような状態がベンタムにどのように反映したであらうか。

彼にとつては、訴訟手続を始め司法制度全体が既に腐敗のかたまりであり、略奪と圧制を招来する基となる。不合理をきわめる訴訟手続は裁判官自身によつて深慮遠謀をもつて作られたのであり、もしそれ皮肉の弁を弄するならば、訴訟を長びかせ、手数料をとる機会を多くし、少しでも自分達のみいりをよくしようと策したかにすら見える。こういった邪悪な奸計については裁判官と法律家とは共犯関係にある。「自分は（六十年來）こういった法律家の輩とたもとを分ち、ずつと彼等に対しゲリラ戦を展開して来ているのである」が、もともと、彼等は裁判官をマネージャーとし、訴訟当事者達から大仕掛けに強奪しようとする不法な「法律組合」law partnership 又は「裁判官商会」Judge & Co. なのであつたとした。^(四)

このようにしてベンタムのコモン・ロー観、否、コモン・ロー嫌いが形成されたのであつた。

つまりベンタムにとつて、コモン・ローは裁判官によりつくられる法以外の何物でもない。それは大体、えたいのわからないしろものであり、「コモン・ロー、司法法 Judiciary law すなわち、その作者としては、それと知られた人をもたず、その実質としては、知られたことばの組みあわせをもたないところの、あの擬制的な構成物が、どこでも法組織の主体をなしている」^(四)。この場合におけるコモン・ロー法律家の保守性、否、コモン・ロー体制の存在自体が、ベンタムには我慢のならぬしろものなのであつた。このような存在自体が、法を制定すべき立法議会の権限の

篡奪たるに外ならないのであつた。

ベンタムにあつてはコモン・ローとエクィティの間に差別はなかつた。両者とも、それがケース・ローである限り、彼の痛烈な非難を受けたのであつた。彼にとつて特に問題となつたのは、法の内容もさること乍ら、先ずこの法作製の方法についてであり、このことが彼をして、イギリスのコモン・ロー体制一般及び先決例主義に対する劇しい非難者、否定論者たらしめたのであつた。

同時にまたベンタムの攻撃、破壊への目標がここから定まつて来るのであつた。ベンタムのごく初期の著作「統治断片」^(五)「釈義評釈」もこのようにして書かるべき運命にあつたと云い得るのであつた。

ブラックストンによれば、英法は「騎士道時代造営され、尚お近代的居住に適せしめられた古いゴシック風の城」にたとえられる。「なるほど濠をめぐらされた城壁、銃眼つき城塔、戦利品で飾られた広間は豪荘、莊嚴ですらあるが、実際の役にはたたない。従つて無視される場合もあろう。然し内部の室々は今日常の使用に適合させられて、たとえその使用は廻りくどく困難であらうとも、尚お快適、便宜たるを失わない」^(六)。そこで、そのような英法を体系的に解説し、寧ろこれをほめたたえるという楽天的な保守主義の態度を示すのであつた。これに対してベンタムは、よほど批判的、否、寧ろ悲観的ともいふべき態度を示す。英法は、人類理性の完成どころか欠点、徒らに多く、また円熟せる経験の所産とも云い兼ねる点多々あることを、指摘し、批判する。それは「仮説、重複、技術性、矛盾、また法の適用については、ために訴訟の遅延、時には正義の否定をもたらす程の巧緻、技巧の詭弁等の故に無限且つ無制限ともいふべき混沌状態 a fathomless and boundless chaos」にあるとするのであつた。^(七)

ベンタムは若き時代、オクスフォード大学に入学し、ブラックストンの講義を聞くこととなる。入学当時とは異つて、大学、大学教育に対し輕蔑的、敵視的感情を抱いてこれを去ることとなるであらう。同時にベンタムの最初の著作がブラックストン批判に向けられたのは極めて当然であつたろうし、また時宜にも適したと称せらるべきであつた。

また、始めはマンスフィールドに対し偶像崇拜的關心を抱いたベンタムも、後には判例法、裁判官を嫌惡し、その法規の成立を判事、弁護士の惡計に歸し、これを否認する態度に出なければならなかつたのも、実は今述べたようなベンタムのコモン・ロー嫌いに基いたのであつて、つまりは、このように、或いはブラックストン或いはまたマンスフィールドによる法律發達を越えて、尚お且つ自らの主張、判例法によつてではなく、専ら制定法、法典化への提唱を為したところに、ベンタムの改革の大きな特色が存したと考えることが出来るのであつた。

われわれは、ベンタムの法典化論の由来を訊ねる場合、やはり、バーケンヘッドと共に何故ベンタムは、マンスフィールドに満足しなかつたか。何故ベンタムはブラックストンを攻撃しなければならなかつたか、そしてその上に立つて何故成文化、法典化を提唱しなければならなかつたかを問わねばならないと考えられるのである。⁽¹⁾

(一) Graveson, op. cit., p. 104 参照。

(二) Julius Stone, The Province and Function of Law, Cambridge, Mass. 1950, p. 274.

Graveson, op. cit., p. 104.

(三) Bentham's letters to Duke of Wellington enticing his support for the Law Reform Assn., Works, vol. XI, pp.

9-12, p. 9.

Truth v. Ashurst, Works, vol. V., p. 231.

(四) An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1879 ed., Preface, XII-XIII.

(五) 「功利の原理」判例法の嫌悪、成文法の愛好、法典編纂の主張、法規の成立を判事、弁護士の悪計に帰する傾向等、後期ヘンタムを特徴づけるものが、既に初期より充分に現われている」高柳賢三、米英の法律思潮 二六六頁。

尚お内田力蔵「ヘンタムの立法理論研究への序説」社会科学研究一卷一号二二頁、四号八頁以下参照。

(六) Blackstone, Commentaries, I, p. 268.

(七) Dillon, Laws and Jurisprudence, p. 321.

ヘンタムの法律改革提唱は多方面にわたった。従つてこれに先立つ批判的攻撃的著作も多種多様であつた。

たとえば刑事法「刑事訴訟法に對しき View of the Hard Labour Bill, Theory of Punishment 等」司法裁判、特に衡平法裁判所における訴訟遅延其他の欠陥に對しき Protest against Legal Taxes, Rational of Evidence, Elements of the Art of Packing Juries. 政治的欠陥並びに政治的改革に對しき Radical Reform Bill, Pauper Management. また個人的自由抑制を攻撃した Defence of Usury, 1785 and 1787. Truth versus Ashurst 等がある。Comment on the Commentaries, Fragment. 等はダイシーの所謂ブラックストーン・オブティニズムに對するヘンタムの一般的批判、攻撃であり、ヘンタム生涯のいく初期に書かれたのであつた。

(八) Birkenhead, op. cit., p. 151, 2 参照。

二 ベンタムは一体、どのような法典化を提唱したのであつたか

法典化提唱、法典草案作成、法典編纂はそれぞれ異なつた概念であるし、段階的な概念でもある。今ここで敢えて、ベンタムの法典化論を問題としてとり上げる所以は、実はベンタムはその生涯を法典化に捧げながら、具体的に何等かの法分野について法典編纂は仕遂げたことがないのであつた。否、法典草案すら完成したことがないといひ得るであらう。ベンタムが多くの著作、或いはまだ多くの書翰をもつて、しばしば提唱したのは、実は法典化の提唱、その基礎理論の展開なのであつて、現実に草案作成、更に法典編纂の段階にまで至つたことはなかつたことを云うに外ならないのであるが、実は、この初期的段階すらが、大変な仕事なのであり、またいかにもベンタムらしい特徴を帯びていたのであつた。^(二)

一体、社会科学上の理論一般について考えられることなのであるが、いかなる理論を唱えるか（法典化の内容）ということは、なぜそのような理論を唱えるか若くは唱えねばならないか（法典化の理由）またそれによつていかなる実際の効用が期待されるか（法典化の効用）についての考えと混り合つた形で決つて来るであらう。更にまた現状の認識（ベンタムにあつては、当時の英法についての認識）、これに対してどのような理想、改革を行おうとするのであるか（法典化の目的）についての考えとも切り離し得ない形で提唱されることもあるであらう。ベンタムの法典化論に、いかにもベンタムらしい特徴があるといつたのは、この点なのであつて、法典化論をそれ自体だけ切り離して論じようとすることは、大変難かしい。ベンタムは、後に述べるように非常に思いきつた、徹底的な法典化論を唱え

たのであるが、そのこの意味を充分に理解するためには、このようなペンタム理論における特殊性を充分考慮に入れて考察しなければならないと考えられる。これもまた後に述べる所であるが、ペンタムの理論はそのような形ではイギリスの本国で受け入れられないであろう。この成就可能の度合いも、実はペンタム法典化論のその理念と混淆した形での特殊な法典化論の性格から来ていることを指摘しなければならない。ペンタム法典化の理論の難かしさは実はここにもあると考えられるのである。^(三)

一例を挙げてみよう。ペンタムのいう法典にあつては、不文法、判例法の進展はもはや許さるべきではないとせられるのであつたが、これはペンタムのコモン・ロー観、判例法観に深く根差しているのである。ペンタムは云うのであつた。

「不文法の淵源は知り難い。それはたえず増加し続け、終るといふことがありません。またたえず定まることなく変化し続けるのであります。そこで「将来、不文法にたよることは禁止せねばなりません。九頭竜 the hydra の頭を切り去つただけでは未だ充分ではないのであります。切り口を焼灼して、もう新しい頭の生える余地なきようせねばならぬのであります。もし未だ法典に規定されていないような新しい判例が生じた場合には、裁判官はこれを指摘し、その対策を示し得ましよう。然し、裁判官の判決は勿論のこと、何等かその意見などが法として引用されるというようなことは許さるべきではありません。そのような判決、または意見は、立法部によつて法典の中に具体化するべきなのであります。^(三)」

「一旦法典が出来上つた以上、凡ゆる不文法の採用 introduction は禁止さるべきです。裁判官は新しい法を作る

しない運命に陥ること(この点後に再び触れるであろう)となる経緯も亦理解し得られると考えられるのである。ところで、今、このような観点から、更にその法典化論の内容若くは特徴を分説すると次の如くなるであろう。

(一) ベンタムは先ず英法についての現状認識から出発する。それは実質面は勿論、形式面からも欠点が多かつた。先ずその判例法については、単純性、簡潔性、統一性に欠ける面が多い。それは古くからの伝統的な伝習にたよつて錯雑なること、トリボニアヌス Tribonianus (ロー法大全の編纂を主とし、勅法 Constitutiones 典 digesta 及び要綱 Institutiones を完成した(329-33)) 以前のローマ法の状態を思わせるものがある。その全体に精通せんとする者は、ゆうに全生涯をかけての勤勉を必要とするであろう程である。その内容も、裁判官により、常に統一ある見解に基づくとは限らず、また裁判官が異なるに従つてその結論また異なるというような場合も起り勝ちである。そこで、ベンタムは云うのであつた。

「あなたは裁判官が法律をどのようにつくるか御存じですか。恰度、人が犬に法律をつくるようなのです。あなたの犬が、あなたの止めさせようとしていることをやつた場合、そのやつたのを見とどけてこれを打つでしょう。これが犬に対するやり方ですし、同時に裁判官がわれわれに法律をつくるやり方なのです。」⁽¹⁾

これは、まさに法のあるべき姿ではないのであつた。また制定法といえども、形式的な面での欠点が無いわけではなかつた。英国制定法に特有な用語の不洗練さ、体裁、表現の不手際さ等は見逃すことが出来ないものであつた。⁽²⁾

ところで、ベンタムは、このような英法における錯雑性、大量性 confusion and bulkiness of the laws から起る不合理、不都合を矯めんとする。事の当然として現に行われる法の改訂、廃れたる若くは不用に歸したる法(の部分)の排除、わかり易い用語を用い且つ明確、秩序よき排列を行うこと等は勿論含まれるに相違ないのであるが、然

しこの場合、ベンタムにあつては、このようなことをもつては事足りぬのであつた。即ち、従来行われていた法を整理統合し、所謂コンソリデートすることのみをもつて満足するものではないのであつて、従来の法にとつてかわるもの、しかも全法体系について具体的な明文の規定を打ち出そうとする。これがベンタムにおける法典化であつたのである。それは先ず、ベンタムにおける改革実現の目的を持つのであつた。つまり、それは先ずベンタムの功利主義原理の洗礼をうけたものでなくてはならないのであつた。蓋し、その改革を実現しようとする場合、「法典化による以外には所期の改革は……実現され得ない」とする程、徹底したものなのであつた。^(二〇)

従つて、ベンタムの法典化については次のようにいうことが出来るであらう。

第一に、それは法典であるからには、凡て制定法、成文法の形をとる。「成文法だけが法の名に値する。不文法は、ほんらい推量的な法」であるとされたのであつた。第二に、それ等は更に、充分にダイジェストされ、また凡ての立法を包括する必要があつた。「完全なダイジェスト、これが第一原則です。凡そ法典に存しないものは、凡て法であるべきではありません^(二一)」とされる所以であつたのである。更に第三には実質的、内容的な問題であつて、より根本的な条件なのであるが、それ等は功利主義原理に則つた法典である必要があつたのである。従つて、凡そベンタムの法典化論を受け入れるということ、その法典が実現しようと目論む功利主義的な原理を承認すること、若くはまたそのような主義、理想を盛り込んだ法典を承認することとは、自ら別異であるといわねばならないのであつた。^(二二)

このような法典をつくること、立法の理論を打ち立て、その基礎の上に、法の各分野についての具体的な明文の規定を定めること、つまり、「明文をもつて表示された法の一体」the body of law exhibited in terminis をつくる

ことがベンタムにおける「法典化」であつたと考えることが出来るのであつた。

(二) 更にこのように、功利主義原理、最大多数の最大幸福という理念を満足させるという目的からして、所謂、法典のあるべき姿、つくらるべき法典の規定のしかたも定まつて来るのであつた。つまり、ベンタムのいう法典化には、その明文化された法が、これを知る必要のある人々に、しかも、適当な機会に、知り得られるという条件が必要なのであつた。またこの条件を充たすという目的からして、(イ)それは最も一般的な理解に適するスタイルで書かるべきであり、(ロ)また、凡ての人が、その必要とする法を最も短い時間に参照し、見出し得べきであり、更にまた、(ハ)こいつたことの為に各々の規定は対象事項別に分類され、彙集^{ダイジェスト}されていなければならぬとせられるのであつた。^(二三)

次にこれらの点を具体的にまた時にはベンタム自身の言葉を籍り乍ら説明を加えるであらう。

(イ) ベンタムにおける英法の認識は、成文法、制定法の堆積、混乱もさること乍ら、不文法、判例法も亦その性質上大きな混乱にさらされている事実から始められたこと、既に若干触れた如くであつたが、更にその法源がいきおい大部、大量にわたり、またその形式上の不分明さから生ずる不確実性 (uncertainty) 認定困難性 (incognoscibility) にもわざわざいされていることが指摘されたのであつた。

このような欠陥も亦克服されねばならないのであるが、そのためには規定内容が、最も一般的な理解に都合よきスタイルで書かれること、つまりわかり易いこと (intelligibility) が必要なのであつた。

ベンタムのいう法典にあつては、わかり易い言葉で、特に推量する必要も、議論する必要もなく、行動についての準則、つまり「あなたの相応分が、すぐわかるようにすること、そのようにあるべきです。またあらねばならぬので

す」とされたし、また「われわれ各自が、その各部分から、それらの部分を読み、またはこれらの部分が読まれるのを聞くことによつて、何が各々の権利であり、また、何が各々の義務であるかをまなびとり、また必要あることに、それを知ることができるような法の一体」^(二四)であることが必要ともされた所以であつたのである。

(四) それはまた凡ての人が、その必要とする法を最も短時間内に、また可能な限り手取り早く、参照し、見出し得ること(cognoscibility)が必要であるとされた。

このようにして、法典が出来上がるならば、法は、法律実務家は勿論、素人にとつても容易に把握可能となるであろう。凡ての人は法の規定を理解し、また容易に記憶することも出来る。また法は迅速且つ経済的に且つまた正確に行われる得ることとなるであろう。蓋し、法の適用、施行がこのように簡單化されれば、裁判官としても為すべきことが少くなり、また、凡ての人が、自らの立場をわきまえて行動することが出来るようになる。法律家全体として為すべきことがずつと簡素化され、経済化されるからである。このように法についての知識を凡ての人に到達可能にし、その受けた損害に対する賠償は、凡ての人に受け得るようにする。これをつづめて云えば、社会における法律の発達を完全なものにすることが出来るのであつた。^(二五)

(い) それはまた、このような目的を達成する必要からして、規定内容が対象事項別に分類、彙集されねばならなかつたし、また更に包括的、体系的総体でなければならぬのであつた。「市民よ」と立法者は云う。「あなたは何ですか？ 父親ですか？ それでは「父親」の章を開けなさい。あなたは農夫ですか？ それならば「農業」の章を開けなさい。」

そしてそこに、人々が自らの必要とする法規を手取早く見出すことが出来るのである。

こういった原理に基づいて作られた法典については「説明すべき学校も必要ではなく、またその奸計、細かい区別立て *subtleties* を見破る *unraves* べき詭弁家 *casuists* の必要もないわけであります。

それは凡ての人に親しい言葉で語り、凡ての人に必要に応じて利用され得るわけです。他の如何なる書籍にもまして単純性 *simplicity* と簡潔性 *clearness* を特徴とすべく、従つて、家庭の父親たる者には他の何等の助けを借りることなく、自らその父親についてを知らしめ、かくて私的生活における道徳性や行動に規律性を与え、また公的生活における道徳にも権威を与え得ることとなるのです」と^{二六}しているのはこの謂いなのであつた。

更にペンタムは、編纂さるべき法典の完全包括性を要求するのであつた。即ち、云う「法典は、その範圍に關して充分にダイジェストされたというだけではまだ事足りません。それはまた完全でなければなりません。この目的を達成するために凡ての立法を包含する必要があります。——そしてこういった主要の目的は未だかつて試みられたことすら無いのであります……」「この計画に基づいてつくられる法の蒐集は尨大なものでありましよう。然しそれ故に、何かを省略していい理由になりません。成文法にしる、不文法にしる、知られなければならない点では変りはありません。われわれが負わねばならぬ重荷の大きさから目をそらしたからとて、その重荷が軽からしめられることにはならぬのであります。その上、一体、如何なる部分が省略されねばならぬのでしょうか……」「カリギュラ *Caligula* はその表法を高い円柱にかけ、それを知り得難くしました。この点では、もつと悪い国々がいかに多いことでしょう。法は表上にすらありません。それは書かれてすらいらないのです。ローマ皇帝はそれを暴虐からやつたのに、これは怠

情からなされるのです」^(二七)と。

(三) パーケンヘッドのいう「今では実行不能だとして長いこと顧みられることのないベンタムの法典化論」「父親にも、農夫にも、また多くの場合、子供にも、よくわかり、敢えて専門家の助言を必要としない程明瞭且つ明晰に書かれるという所謂ベンタム流の法典観」とは、実はこのように徹底的且つ広範域に及ぶものであった。

然し、今、それが実現不可能だとされる程に徹底的且つ急進的であつたのは、実にベンタムの英法観、理想、理念、またそれを実現しようとするベンタムの法典化への期待、そしてこれら凡てはベンタムの生きた時代というものと深い関係があるのであるが、それ等と深く結び付いて出来た法典化論であつたということをここに再び指摘しなければならぬのである。先に述べたコモン・ロー、判例法否認——これがベンタム法典化論実現を妨げる強い要素となるであらうこと、後述の如くであるが——についても、同じく、ベンタムの生きた時代、ベンタムのこれに対する理想、改革の意慾との結び付きを忘れてはならないと考えられるのである。

(一) ベンタムは功利の原則を把握することから始め、「批判的法律学」または「立法の理論」をうちたてようとした。その基礎の上に、法の各分野についての立法の基本原則を定め、更に、全法体系について具体的な明文の規定を打ち出そうと努力したのであつた。これ等の事柄の関係については内田氏前掲諸論文に詳細な研究がなされている。参照せられたい。

(二) Ogden, *The Theory of Legislation*, p. 49.

(三) *A General View of a Complete Code of Laws*, Bowring, *ibid.*, p. 206, 209.

(四) *Ibid.*, p. 210.

十九世紀イギリス法典化運動の出発点

- (㉑) Amos, *The Science of Law*, Chapter XIII, p. 366.
- (㉒) Jeremy Bentham and the Law, Preface 参照°
- (㉓) *Truth v. Ashurst* (1792), *Works*, vol. 5, p. 231.
- (㉔) J. H. Burton, Introduction to the Study of Bentham's Works. Section IV. Law, Reform, in *Works*, vol. 1, pp. 52-62.
- (㉕) Morgery Fry, Bentham and English Penal Reform in Jeremy Bentham and the Law, pp. 20-57 at p. 40.
- (10) Justice and Codification Petitions: being forms proposed for signature by all persons whose desire it is to see justice no longer sold, delayed, or denied: and to obtain a possibility of that knowledge of the law in proportion to the want of which they are subjected to unjust punishments, and deprived of the benefit of their rights, drafted for the above proposed petitions, by Jeremy Bentham, *Works*, vol. v, p. 439.
- (11) Birkenhead, op. cit., p. 153.
- (111) Burton, op. cit., p. 54 参照°
- (1111) Birkenhead, op. cit., p. 153.
- (11111) Justice and Codification Petitions, *Works*, vol. v, pp. 437-548, 547.
- (111111) Montagne, op. cit., p. 50.
- (1111111) Birkenhead, op. cit., p. 154.
- (11111111) Birkenhead, op. cit., 155.

A General View of a Complete Code of Laws, by Jeremy Bentham, *Works*, vol. III, pp. 155-210, 205.

三 ベンタムの法典化提案は、結局、どのような結末を来したのであつたか

(一) 實は、ベンタムの法典化提案については、それが余り實現され易いような条件を備えていなかったことが指摘せられ得る。第一に、その提案なるものが具体的に軌道に乗り始めたのはベンタムの晩年になつてからのことに属した。それは一八一一年、Lord Sidmouth 宛、刑法法典化提案をもつて始まつたとせられ得る。既にこの年、六十三才に達していたベンタムには、この實現化の努力は大きな重荷であつたに相違ないのである。その後、ベンタムは諸外国に向け大いに法典化提案を行うこととなるのであるが、この最初に手がけた、またベンタムが大いに関心を示した刑法に關してすら、^(二) 一般的な法典化提案、立法論の開示にとどまり、遂に、その法典はおろか法典草案すら完成を見るに至らないのであつた。第二に法典化提案發表の方法についてであるが、ベンタムの精力的な資料蒐集、着想の潑刺さに拘らず一体に、その著作の發表は必ずしも常に時宜に適したとは云い兼ねるのであつた。法律改革にしたところで法典化提案のみに専念したのではないのであつて、監獄制度改革 Panopticon、教育制度改革 Chestomastic School 等にまで及ぶ多方面に精力を分散するのであつた。著作、また文章の晦渋さ、未刊のまま長く留め置かれた原稿等、その發表の方法に万全であつたとは云い兼ねるのであつた。このようなベンタムの欠点を補い助けた同好の士 (Dumont, Mill 父子等) を得たことはただにベンタムの為めばかりでなく、われわれ後学の徒にも大きな幸せであつたのである。Dumont は、「ベンタムの荒削りの草稿を、分割し、抄録し、若くはまた補遺し」た上で公刊する

大役を引き受けたのである。ベンタムの著作を公刊し、これに世界性を与えたのは実にこの Dumont に負う処大なりと云わねばならぬのであつた。現に、法典化提案にしたところで、実はベンタムは一七八六年に「完全な法典につゞての概観」View of Complete Code of Laws など論文を書つて居るのであるが、これが Dumont, Traité de Législation Civile et Penale., 1802 に収録せられ、一般に知られることとなつた。先に述べた一八一一年以降のベンタムの法典化提案実現化にしたところでこの仏訳本が大きな貢献を与えたりすることは想像に難くないのである。第三に、ベンタムの法典化提案の努力は多く諸外国に向けられた。提案がロシア、アメリカ合衆国向けになされたことは、われわれにも比較的よく知られているところであるが、其他にもギリシヤ、スペイン、ポルトガル、南アメリカ諸国にまで提案がなされているのであつた。^(三)

(二) このようないろいろな事情から少くともベンタムの生前に、イギリス本国では、それが余り実現し易い状態にあつたとはいひ得なかつたことは理解し得るのであるが、然しこういった外面的な諸事情からではなしに、もつとベンタムの法典化提案自体、いわばその内面的な諸性格から来る提案の結末について見ていかなければならぬであらう。ところで、今結論から先にいうと、ベンタムの法典化提案は、その意図せられたような形では、遂に実現せられるに至らなかつた。単に、ベンタムの生前においてばかりでなくその死後に至つても、また彼自身若くはその後継者達によつても、その主張せられたような意味での法典化は、遂に実現せられるに至らなかつたのであつた。その後、法典化論は、ベンタムの主張したところと異つた形で提唱されることとなるであらうし、また実際に行われた法典化運動の成果も、同じく異つた方向へと発展し、結局、落着くところへ落着くという結果を将来することとなるのであつた。^(四)

次にこれ等の点について具体的に説明することとしよう。

(I) ベンタムに続いて、十九世紀中葉頃には、Westbury, 1st Baron, Richard Bethell (1800-1873) また十九世紀末葉頃には、Sir James Fitzjames Stephen (1829-1894) も出て、それぞれ法典化論を唱えたが、それ等はベンタムの所論とはつきり云つて異つたものであつた。それは彼等が、完全にして自足完了的であり、また過去の判例法若くは制定法を調査、研究する需要が無いという程に過去との間に断層のある意味での法典、また将来の裁判官による法発展を禁止するというような意味での所謂、ベンタム流の法典を実行可能であるとも、また望ましいとも考えなかつたからに他ならない。彼等は勿論、ベンタムにならつて、法律における諸概念の混乱、表現の不明確、整頓の欠如が多く、困難をひき起していること、これ等に対し何等か対策の立てらるべきものと見て取つたのである。然し同時に古くから存在する英法における判例法の徒らに棄て去らるべきでないこと、これを制定法化するにしても自ら順序があり、段階があり更にはまたその局限性、相対性があるとまではつきり認めざるを得なかつたのであつて、このことが彼等の法典化に対する見方なり、方針なりをベンタムにおけると明確に異らしめたと見ることが出来るのであつた。Stephen の如き法典化を「既に存在している法について、不必要な技術性、曖昧性、その他実務経験上明かとなるに至つた種々の欠点を取り除いて、これらを秩序よく成文化化することに他ならない」とする。これをまた別の観点から表現すると、最も関係の深い人々に、たやすく理解され得るように且つ体系的に法を表現することを法典化の目的とすることとなるのであつて、そこではもはやベンタム流の氣背つた法典の完全性、判例法排斥性はみられないのであつた。^(五)

(II) その後、実際に行われた法典化運動の経過も同じくベンタムの意図したところから離れた方向へと進展したのであつた。整理的法律と法典化的法律を分つて考えること、いづれとも既に存在する法律規制を正確に表現すべきこと、この点は特に法典化的法律に難かしい問題を含むべきこと等が次第に認められ実行せられ、遂に一八八二年の商事法典化実現に至つて一段落を来したこと——要之に一つ一つを着実に積み重ねて行く *go on adding one to one* の方式が辿られたのであつた。

次に若干、これ等を解説するであらう。

(A) 整理統合化と法典化の相違の強調ということ。この両者の相違は次のような点にある。即ち、前者では、一定の対象事項がすでに数多くの制定法によつて制定せられ、そのため混乱を来している場合、これ等を整理、統合して単一制定法化することをいうに對し、後者では、制定によつてではなく、判例法の形で存在しているコモン・ロー上の法律規則を制定法化することをいう（但し実際上は、コモン・ロー上の法律規則が、制定法によつて解釈され、補充されている場合が多いのであつて、このような場合には、その制定法をも含めて——その制定法が多数である場合には、これ等を整理統合した上で——これ等全部を制定法化へ法典化することとなる）。

従つて、前者では、複数制定法が単一制定法化されるという点から、別に法の形式における変化を来すわけではなく、その手続、経過は比較的複雑な問題を含まない。そこで必要なのは専ら正確さ、解釈上の法則についての完全な知識、並びに明確化し、且つ秩序立つた排列を行う能力なのであつて、特に当該法分野に精通しつくした専門家でなければならぬという程の技術度は要求せられないのである。

これに対して、後者、法典化の場合は、判例法を制定法化する必要があるのであつて、これは遙かに困難且つ技術度高き仕事といわねばならない。つまり、当該法分野に精通し尽した専門家、しかも多くはそのような資格ある法律家達の協働にまたねばならぬのであつて、前者に比し、遙かに多くの専門的知識と努力、且つはまた多くの時間と出費を必要とするのである。

十九世紀の後半期に整理的法律 *consolidating or consolidation acts* が数多く制定せられたのに対し、法典化法 *codifying or codification acts* は、十九世紀末に至つて漸く特定法部門に若干制定せられるに至つたに過ぎなかつた（この点後に更に詳述するであらう）理由の一はここにも存したのであつた。^(六)

(B) 以上就れの場合とも、それが議會を通るためには一つの重要な条件があつた。それは新たに制定せられる制定法が、従来存在していた法律規則の確實な再表現であるという点についてである。このことを確保するための手段はすぐ實際上の法律制定手続に現われて来るであらう。先ず貴衆兩院より成る委員会が設けられ、出来上つた新法案が果して既存法の再表現であるかどうか、何等か新しい論争の種が起らないという保証が出来るかどうかを検討する。また委員会は時には不明確若くは疑問をさしはさむ余地のある用語について、その解決手段を勧告することもある。しかしいづれにしろ地道なまた苦勞の多い縁の下の力持ち的な仕事が続けられるのである。^(七)

しかし、法典化法は、この点更に重要、嚴格な問題を含むであらう。蓋しそれは(i)新たに制定されようとする制定法が従来存していた法律規則の確實な再表現であるかどうかを決めること自体が既に（それが判例法を対象としなければならぬという理由で）困難であることの他、(ii)果して判例法であつたものを、制定法に変えてしまうことが便

宜であり、若くは得策であるかどうかの問題をも含むからである。そしてこの点からして法典化に関する手続の一層の複雑さ、厳格さが生み出されるのであつた。

(a) 法典化に関しては先ず、手続法 (刑事、民事) と実体法 (刑事、民事) に区別し得るであらう。

イギリスでは、手続関係法の方が実体関係諸法より比較的、法典化実現についての障礙が多くはなかつたといひ得るであらう。これは従前、多数の制定法によつて規定されていた場合も多かつたことから、法典化といわんより寧ろ整理統合化であつたとも考えられる場合もあつた。それ等については、法典化の前に先ず改正を行うべきかどうかの問題が起きたこともあつた。また、今後なお、それ等が更に整理統合化せらるべきであるかどうかの問題が残されたものもあつた。しかし、いづれにせよ現在 (バーケンヘッドは、一九二一年當時までの多くの様な事例として) *Judicature Acts, 1873-5, Criminal Appeal Acts, 1897, & Costs in Criminal Cases Act, 1908. Indictments Act, 1915* 等々^(イ)では刑事手続関係、更に民事手続関係の多くが法典化されているのである。

(b) 実体法関係の法典化は、それが既存の判例法を制定法化するという難かしい問題を多く含む点で更に困難な点が多いといひ得るであらう。果して、従来存在していた法律規則の再表現であるかどうかの問題に一層激しく当面しなければならぬからである。従つて、手続法関係の場合よりはその法典化手続、順序に一層の慎重さが計られているのである。同時にこの点民事関係の場合の方が、刑事関係の場合より更に厳しい考慮の対象とせられていること、次に述べる如くであることも亦同じ理由から来ていると考えられるのである。

(イ) 刑事法典化については次のような手続順序が採られた。

(i) 先ず刑事法のある一定法部門についての法典草案を起草する為、刑事法及びその実務に精通した若干の法廷弁

護士が選任される。その任務は飽くまで既存の法律規則を再表現するということにあつて、変更を加えることは原則として許されない。刑事全般の完全な法典をつくる野心的な試みは、多くの失敗の経験に鑑み、今では顧みられない。特定法分野を徐々に着実に法典化していくことの積み重ねこそ必要であるとされる。

(ii) 特に刑事法に精通する高等裁判所判事を委員長とし、起草委員、公訴官 Director of Public Prosecutions の他を以つて構成する委員会の審議に附する。そこで行われる逐条審議の結果、用語上の不正確さ、若干の單純化、改良の方策を指摘することもあるが原則は飽く迄既存法律規則と異つた内容が含まれていないかどうかを調べ、議會に報告するを任とする。

(iii) 貴族院に提出せられ、兩院選出共同委員會に附託し、再び詳細な検討を加え、修正すべきものあらばこれを加うべき旨の勧告を為し、貴族院に報告する。

このような慎重な手続、順序を経て多くの法典化法が出来たことは事実であるが（パーケンヘッドはその事例として *Perjury Act* をあげている）、然し残された部分もなお多く存すること、またこの残された部分こそ、既に法典化せられたもの以上に困難なものが多くことも亦事実なのである。^(一九)

(iv) 民事法法典化についても大体刑事法と同様の手続、順序が踐まれる。然し、この場合は既に述べたように判例法において何が法とせられているかを知ることが一層、難かしいこと、事柄の複雑さ、内容の豊富さにおいて一段と問題が多いのであつて、いわば法典化の困難さが一層激しい。従つてまたその失敗度が強いという結果ともなるのであつた。

つまり、民法法典化については一層問題が複雑であつて、(i)果して法典化によつて如何なる利益が期待せられ得るであろうか、(ii)法典化せらるべき当該分野が果して充分に成熟し尽しているであろうか、等の問題について更に深く検討を加えなければならぬのであつて、結局は、民法法全部にわたつて完全な法典化の如きは不可能に近いとされるのであつた。

今、こういった観点から民法法を見る場合、一番法典化に適する法分野は商事法であるといひ得るであらう。蓋し、この法分野こそ法典化により期待しうる利益が大きかつたといひ得るであらう(事實、商業界、經濟界に強い法典化の要求が起つたのであつた)。またこの法分野こそ成熟度の高い法分野であつたからである。

そして事實、商事法分野について所謂法典化法が一八八〇年に至つて相繼いで制定せられたのであつた。そのような事例として、Bills of Exchange Act, 1882, Sale of Goods Act, 1893, Partnership Act, 1890 等々の一連の商事法典化の実現を挙げる事が出来る。これらは「漸次的法典編纂」gradual codification と呼べるべく、その成立は、イギリス法典化運動の歴史に一新紀元を劃するものという事が出来るのであつた。但し、ここでも残された法分野、依然として法典化せられざる分野は尚お多いのであり、またその残された法分野こそ寧ろ法典化に困難を感じしむる部分が多いことも亦事實なのであつた。^(二〇)

(三) ところでベンタムの法典化提案は何故受け入れられなかつたのであろうか。

惟うにベンタム構想の前記のような拡大性、深遠性が一般の理解をかち得難からしめた事情もあつたし、それは何よりもそのコモン・ロー嫌い、判例法否認の所論がわざわいしたのではなかつたか。ベンタムの非歴史主義、人間は

常に必ずしも合理主義的にのみ行動するものではないという事実を見誤つたこと、文化に関する国民的、民族的差異についての過小詳細（尤もベンタムには「立法に關しての時及び所の影響」The Influence of Time and Place in matters of Legislation なる所論があつて、時及び環境が国民及び法に及ぼすことあるべき影響を理論的にまで無視しているというわけでは決してないのであるが）並びにその独断主義的傾向は彼自身の時代にあつてすら、なお顯著な弱点として考えられらるべきではなかつたか。^(二)

ベンタムには余りに多くの敵、反対者があつた。彼は先ず朝野法曹一般の支持、支援を得られなかつた。凡そ如何なる改革にせよ、一般法曹実務家の支持、支援なくしては、その成功、実現は困難であらう。この困難はコモン・ロー、判例法に対するベンタムの攻撃にも深く關係があつたと考えられるのである。^(二)

更にまた、今この裁判官、法律実務家によるベンタム法典化論への反対は理解し得るとしても、それでは一体何故、議會並びに政府当局までが彼の改革論に冷淡であつたのであろうか？ この問題に対してはベンタム自らこう云つてゐる。これ等は「支配的な階級、準支配的な少数者」によつて汚染せられて居り「最大多数の最大幸福をではなくして少数者の最大幸福が追求され」てゐる。法律も亦彼等の權力を保持するようにつくられてゐるのであるから、結局改革を実現する唯一の方法としては、立法議會自体を改革しなければならぬ。かくしてベンタムはその晩年、更に改革の鋒先をこれに轉じ、またこのことに筆を呵さねばならなかつたのであつた。^(三) 斯くの如き四面楚歌の中にあつて、若干の有力なベンタム支持者、たとえば Lord Shelburne, Sir Samuel Romilly, Lord Lensdowne, Lord Brougham, Willesfore 等を得、その計画を推進し得られたのは英法の發達についてまことに幸福であつたとせらねばならぬの

であるが、それについてもベンタムの主張したような法典化提案がそのままの形で実現せられ得るとは考えられないのであつた。^(二四)

バーケンヘッドが、ベンタムの企画は結局不可能であつた、また可能であつたとしても実用に適しない面があつた旨を説いた前提には、このような事情が存したのであつた。立法にあつて余りに單純化し過ぎるということ *over-simplicity in legislation* は、その詳細性を損うおそれがあるのであり、結局不確實、不分明を来し且つまた專斷、專横を招く結果ともなる。現在にあつて法典に課するに、何人にも知り得られ、専門家的な助言を俟つ必要がない程までに明晰性を有すべきことを以つてする程重き任を以つてするものは無いであらう。結局ベンタムは法典に余りに多きを求め過ぎたのであつたとする。^(二五) 今、われわれはバーケンヘッドの所論に大いに得るところがあるのであるが、しかしその所論自体より、バーケンヘッドが更に力を入れて説明しているイギリス十九世紀法典化運動の経過、結末——コモン・ロー、判例法を否認するのではなく、寧ろこれを生かしつつ改革を加えて行く——に關する説明の方が更にわれわれに興味が深いと考えられる。

つまり、イギリスではベンタムに答えるにその所論に対する正面切つた反對論をもつてせず、事實の積み重ね、實際的経過をもつて着実にこれに対する批判と応答とを与えたと考え得られるが故である。ベンタム理論はそのままの形では受け入れられなかつた。然し、それは全く否定し去られたという意味ではなかつた。そうではなくて、ベンタム理論のよき部分、受け入れられ得る面は、その後等かの形で着々と實現化せられたのであつた。即ち「ベンタムは盗まれた。然し盗まれたが故に反つて富んだ」と云い得るのであつて、その様な事實を、其後の法典化運動の経過、

結果が如実に示していると考え得られるが故である。

(一) Margery Fry, *op. cit.*, pp. 40-41.

刑法改革についてヘンタム生存中には成果が挙げられなかった。僅かに Peel's Reform が行われる程度であつて、大部分はその死後半世紀間に実現せられることとなるのであつた。そして尚お、今日といえどもヘンタムの大構想の多くは注目に値するし、また実現せられずに留まつているものも多いのである。

Julius Stone, *The Province and Function of Law*, p. 270 参照。

(二) Margery Fry, *op. cit.*, p. 42; Julius Stone, *op. cit.*, p. 268.

(三) 現にロンドン大学に保管されているヘンタムの未刊行書翰調査の結果によると、ヘンタムの諸外国への影響は主として、それら諸外国の政治家、政客を通じて為されるといういわば間接的なものであつた。またその提案の範囲であつたとはいえない。なおその重点は主として憲法、監獄制度、出版の自由、そして時には手続法、証拠法の分野に向けられた。またフランスの如きは、前記 Dumont を通じ指導者層と知り合い、司法制度改革提案をなしたという。K. Lipstein, *Bentham, Foreign Law and Foreign Lawyers*, in *Bentham and the Law*, pp. 202-221 at 209 参照。法典化提案といつても一律一遍ではなかつたわけである。

(四) 拙稿「イギリスにおける法典化運動の一展開——その法思想と実用性の問題——」(法哲学年報「法と裁判」所収) 参照。

(五) Stephen, *History of the Criminal Law*, vol. iii, p. 350; Birkenhead, *op. cit.*, p. 156.

(六) 本稿、この部分の記載は、特に別異の指摘をしない限り、Birkenhead, *op. cit.*, pp. 151-190 に基づいた。所論の範囲、限度も一応該所説を中心とした。

(七) イギリスでは従来の制定法の整理統合化についてすら、法律実務家からの反対が多かつた。理由は、どのように従来の制

定法が錯雜して居るうちに、既にこれ等には精通して居るのゆゑ、改めて新しく制定される整理的法律を身につけることの繁をうけてゐる。ゆゑ、Birkenhead, op. cit., pp. 176.

(八) Birkenhead, op. cit., pp. 180, 184.

(九) Birkenhead, op. cit., pp. 180-183.

(一〇) Birkenhead, op. cit., pp. 183-189.

(一一) W. Friedman, Bentham and Modern Legal Thought, in Bentham and the Law, pp. 233-244 at 243.

R. H. Graveson, The Restless Spirit of English Law, in Bentham and the Law, pp. 101-122, ib. at p. 122 footnote 80.

(一二) Dillon, Laws and Jurisprudence of England and America, pp. 339-342 參照。

(一三) Bentham, Principles of Judicial Procedure, Works, vol. ii, p. 120.

M. I. Zagday, Bentham on Civil Procedure, in Bentham and the Law, pp. 68-78 at 70.

(一四) Birkenhead, op. cit., p. 179; Julius Stone, op. cit., p. 269.

(一五) Birkenhead, op. cit., p. 179.